

诉调对接机制下我国当前商会调处商事纠纷的困境与破解^{*}

汤 霞^{*}

【摘 要】商会调解是我国多元化纠纷解决机制的重要组成部分,因其自治性、专业化和高效率而受到当事方的青睐。商会调解与诉讼的衔接也为当事方解决争议提供了多种选择。因我国诉调对接机制下商会调处商事纠纷存在制度上的无依据和实践上的不规范,调解结果过多依赖司法权力而减损了调解自愿原则的效果,需要进一步规范诉调对接程序的时间衔接;明确司法确认的适用条件并强化调解自愿原则的遵守;完善委托调解立法,提升调解员素质;对商会的组织运行结构推行去行政化改革以及将诉调对接服务于“一带一路”争议解决机制。

【关键词】诉调对接;商会调解;委托调解;司法确认;“一带一路”争议解决

引 言

作为我国处理商事纠纷的重要民间自治力量,商会对纠纷及时高效的调处降低了社会对司法资源的过度依赖,是我国非诉讼纠纷解决机制(ADR)的重要内容。商会调解有其独特优势:一是成本低。商会调解工作室处理纠纷不收费,调解成功的案件法院还会退回事人所交费用。二是时间短。案情简单的一两小时即可调解成功,案情复杂的基本上也不会超过一周。而通过诉讼或仲裁解决的争议少则几周,多则几个月。三是方式灵活。调解的方式可以是电话访谈、预约面谈、网络交谈等,调解的地点也是根据案件实际情况而定,氛围较为轻松。四是调解成功率高。以北京为例,北京西城区法院2014年通过ADR方式化解矛盾纠纷5600余件,准予司法确认920件,其中,由商会等相关组织调解结案的案件达1945件。^[1]五是执行效果好。调解成功的案件法院予以认可,并赋予其与民事裁决书相同的法律效力,符合条件的还可强制执行。从实践来看,达成调解协议的当事方都按照协议内容履行了各自义务,且无反悔、上诉等情形出现。^[2]作为商会组成部分的行业协会的专业化提高了其调解结果的权威性和可接受性,在加强行业自律、稳定行业经营秩序方面有重要意义。行业协会调解适应了纠纷主体的多元化和社会结构的变化,为国家实现社会治理提供了条件。因此,考察并研究我国商会调处商事纠纷的实践具有重要价值。但从实践来看,商会调解在与司法制度有效衔接的过程中并未真正发挥其作用,人们对商会等调解组织的信任度并不高,调解成

^{*} 基金项目:国家社科基金项目“商会调处商事纠纷法律问题研究”(批准号13BFX100)。

^{**} 厦门大学法学院2016级国际法博士生。

[1] 该法院也被最高法院确定为全国多元化纠纷解决机制改革示范法院。参见赵春燕:《北京西城法院完善与行业调解对接平台建设》,载《民主与法制时报》2016年5月7日第004版。

[2] 参见谢经荣主编:《商会调解的理论与实践》,法律出版社2013年版,第195-196页。

功率和调解协议的自动执行率并不匹配,大量调解协议需要走法院司法确认程序。鉴于我国国内学者对商会调解的研究多停留在功能层面^[3],鲜少涉及商会调解与司法制度衔接过程中出现的问题。本文通过分析法院委托调解和司法确认的现实状况,并参考我国官方语系中不区分商协会的做法,从广义商会的范围来考察其在诉调对接机制下的调解实践中存在的问题,分析造成此种现象的原因,并提出可能的完善建议。^[4]

一、诉调对接机制下我国商会调处商事纠纷实践之困境

随着纠纷的日益增多以及多元化纠纷解决机制的建立,调解固有的“调和”与“谦让”特征可以为当事方省去证据被逐一审查和认定以及法庭辩论的全过程,而直接进入争议焦点问题的处理,迅速化解纠纷,进而实现有限司法资源的效益最大化。商会调解与司法制度的衔接更是减轻了法院的积案压力,为争议当事方提供了方便快捷的争议解决途径。为了充分发挥诉调对接在纠纷解决方面的优势,2010年伊始,全国工商联和最高人民法院就确立了联合开展商会调解与诉讼调解衔接机制的调研论证活动,随后全国工商联与最高人民法院就诉调对接进行深度合作,成效显著。但这一衔接机制在实际运用中也存在着不可回避的问题,亟须学者和实务专家的关注。

(一) 法院对委托调解的适用增加但效果存疑

法院委托调解是一种兼具民间性和司法性的纠纷解决方式,为争议当事方提供多种选择:当事方将争议诉至法院后还可以选择调解,当调解不成或当事方达成调解协议后又反悔的,还可启动诉讼程序。从实践来看,法院委托调解的案件数量呈上升趋势^[5],表明了社会力量参与纠纷解决的力度在加大,既可以充分发挥人民调解的独特优势,又助益于调解制度与诉讼制度的良性互动,实现社会和谐稳定。如福建省漳州市法院根据商会的独特优势,将涉及行业规则、技术规范、企业维权等类型的案件在诉前委托商会先行调解,取得了良好效果。基层法院委托调解的案件比例远高于中级法院和高级法院^[6],这一方面说明法院适用委托调解的案件一般为简单的民事案件,此类案件也大多由我国基层法院来进行一审;另一方面,法院的级别越高,委托案件的比率越低,说明我国法院的级别和审判压力以及委托调解的需求是成反比的。人们对调解组织的不信任使得争议当事方将纠纷诉至法院的数量增加,而法院案多人少的现状使得其只能选择委托调解来缓解日益紧张的司法资源。

在当前的大调解机制下,法院委托调解的数量逐渐增加,这种争议解决方式在保证效率的同时也存在着争议。实践中,相较于法院庞大的受案量,法院对委托调解的利用率不太高。当事方对法院委托调解可能存在抵触情绪,认为法院轻率地处理了自己的案件,当事方参与调解是一种审判无力的表现,法院委托调解是一种“质次价廉”的正义,从而不认真对待调解员提出的调解方案。此外,法院委托调解的调解组织自身也存在缺陷,如调解员仗仗自身的专业优势将调解方案强加给当事方,或者偏袒一方当事人,从而引起另一方的极大不满。法院委托调解多倾向于商会已有成熟实践的纠纷类型,而对一些新型案件,法院则因

[3] 以“商会调解”为主题词在中国知网上搜索,共有37篇论文,多是对商会调解的功能和相关调解规则进行介绍,鲜有涉及商会调解与司法制度衔接问题。搜索时间截至2019年1月1日。

[4] 商会有广义狭义之分,广义的商会包括行业协会(即行业协会)等各种类型的商会组织,也包括工商联以及中国国际商会等组织形式;而狭义的商会仅指官方统计意义上的包括行业协会、乡镇商会、街道商会、异地商会,以及其他类型商会(包括市场、园区、楼宇、村商会等)在内的社会组织。由于我国在构建诉调对接纠纷解决机制和多元化纠纷解决体系中,对调解组织形态采用的是非穷尽式的表述,并且结合实践探索中基本囊括了广义上的商会形态,因此本文研究所指的商会是广义上的。

[5] 截止到2019年1月1日,作者在“中国裁判文书网”数据库中输入“委托调解”“民事案由”等关键词共有1082条数据,近五年法院受理的委托调解案件数量是逐年增加的。

[6] 从裁判文书网的统计数据来看,基层法院处理委托调解的案件占整个法院系统处理此类案件的91.68%,远高于中级法院和高级法院的委托调解案件数量。

出于对调解组织的不信任而拒绝委托调解,这在一定程度上违背了争议当事方的意愿。

(二)司法确认制度的频繁使用拷问调解自愿原则的落实

司法确认制度是实现诉调对接的关键环节,其主要目的在于通过提升调解协议的效力来激发人们对调解制度的积极参与,实现诉讼分流,减轻法院的压力。在我国传统的社会结构逐渐趋于式微而整体的诚信社会尚未建成的背景下,司法确认制度确有必要。^[7]司法确认程序大大减轻了法院和争议当事方的诉累,为民事争议的解决提供了一条新的路径,但当事方请求司法确认调解协议案件数量的逐年增加^[8],一方面说明了调解书的自愿履行率过低,大部分调解书都需要借助法院的强制执行程序;另一方面也意味着法院为了结案率可能存在强制当事人进行调解的现象。市场经济体制改革带来了案件的“井喷”现象,给原本就紧张的司法资源带来巨大压力。不少地方将调解率作为法官考核的一项指标,法官为了自身利益而尽可能多地将案件进行调解,而不再考虑当事方的意愿以及调解是否有利于保护其合法权益。调研中有律师和当事人抱怨:法官没有给出任何理由,也不理会律师的要求,直接将案件送往人民调解室,有的案件甚至几个月都立不上案,法院也没有任何解释。有的法官也承认这样做是为了达到调解案件的指标要求,使得有些明显不适合调解的案件也进入了诉前调解程序,最后调解不成又立案,极大地浪费了当事方的时间和精力。

二、诉调对接机制下我国商会调处商事纠纷困境之成因

伴随着我国经济的高速发展以及公民权利意识和参与能力的日益增强,我国进入了社会矛盾的多发期,纠纷数量急剧上升的同时解决难度也逐渐加大。2002年9月,最高人民法院颁布《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》,意味着法院开始重新重视调解。2004年最高人民法院出台了《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》,规定了法院委托调解和司法确认制度,并提出了调诉结合理念。^[9]2007年3月,最高人民法院印发《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》中将“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”十六字原则上升为民事审判工作的指导方针,也意味着多元化纠纷解决机制理念被引入法院未来工作规划。2008年“调解优先”被首次提出,并贯穿于此后的民事审判工作。^[10]此处的调解优先主要指非诉讼调解。成熟的商会制度为我国商事纠纷的调处以及政府职能完善发挥着重要作用,也进一步推动了我国多元化纠纷解决机制的有效运作。但商会调解在与司法制度衔接的实践中存在着诸多问题,探究其背后的原因有助于我们对这些问题有更深入的认识。

(一)诉调对接规定的抽象导致实践中的操作迥异

目前我国诉调对接缺乏系统的理论体系和具体的法律规范调整,导致实践中诉调对接机制的运行不甚理想,当事方不愿意法院委托调解。首先,诉调对接期限不明。虽然《最高人民法院关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》第9条规定了立案阶段的调解期限,但并未涉及立案前的调解

[7] 参见潘剑锋:《民诉法修订背景下对“诉调对接”机制的思考》,《当代法学》2013年第3期。

[8] 截止到2019年1月1日,作者在中国裁判文书网数据库中输入“司法确认”“民事案由”等关键词共有35714条结果,近五年法院受理的司法确认案件数量也是逐年增加的。

[9] 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第3条规定:“根据民事诉讼法第八十七条的规定,人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织,和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作;经各方当事人同意,人民法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解,达成调解协议后,人民法院应当依法予以确认。”

[10] 参见吴英姿:《“调解优先”:改革范式与法律解读——以O市法院改革为样本》,《中外法学》2013年第3期。

期限。^[11]《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》指出当事方申请庭外和解的期限不计入审限^[12],以及当事方在答辩期满前同意调解而未达成调解协议,事后同意继续调解的,延长的期限也不计入审限^[13]。法院可能利用法律上的空白故意规避审限,弱化司法活动应受到的制约,减损当事人诉讼权利的实现。^[14]其次,诉调对接程序迥异。立法上,仅《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《人民调解法》)第18条规定了诉调对接程序^[15],但该规定过于笼统,导致各地法院在实践中对诉调对接程序的运用出现偏差:有些法院立案后再进行调解,调解不成后及时判决;有些法院规定对符合诉调对接的案件先调解,调解不成的直接立案;还有一些法院对符合诉调对接的案件先行调解,调解不成的再由当事方向法院申请立案。这些做法没有明确的时限往往耗时较长,不仅增加了当事方的诉讼成本,还易导致当事方的怨言。

(二)司法确认制度适用的异化

司法实践中绝大多数调解协议是要经过法院司法确认这一程序的,也即是说调解协议的执行大多需要司法强制力予以保障。该现状一方面折射出纠纷的解决效率没有提高,反而加重了执行的负担;另一方面也表明调解的意义和功能在下降。调解是解决纠纷的一种独立方式,司法确认只是对当事方不履行调解协议起到威慑作用,但近年来关于司法确认的宣传和鼓励在一定程度上扭曲了该制度的初衷,可能造成其未来发展过程中的错位。调解协议的实现应当依靠争议当事方的自觉履行,而非通过司法确认取得的强制执行效力,否则司法确认制度将演变为在当事方“合意”的掩盖下实质上对公权力的泛用。司法确认制度在实践中存在一些问题,首先,其可能造成司法权的让渡和诉讼程序的弱化。鉴于我国目前还未有全国统一的司法确认体系,相关制度衔接上还存在漏洞,实践中法官的自由裁量权太大,不利于司法确认程序的规范和统一;其次,司法确认机制的制度化意味着其对非诉讼机制的过多干预,也与调解的自愿原则相悖。法官在“上诉率”的评价指标以及司法责任终身制的压力下,为了不出错,倾向于采用“诱导型”调解的方式,“以判压调”或“以拖压调”,违背当事人意愿迫使其参与调解。调解方式的选择以及调解协议的达成都不是在当事人自愿的基础上达成,当事人自然没有主动执行的动力,进而导致居高不下的司法确认案件。^[16]如果不能对当事方的程序选择权予以保障,那么司法确认制度就可能变成法官不适当地诱使争议当事方进行调解或和解的工具,也是对当事人自愿原则的侵犯。^[17]究其原因,一方面是债务人在调解时心存恶意,利用调解来拖延履行,迫使债权人做出妥协。另一方面是法院对不主动履行的债务人没有采取相应的处罚措施,如主动要求债务人缴纳迟延履行金。债务人不履行或不主动履行调解书的违法成本较低,况且不主动履行还对其有利,债务人也就没有主动履行的意识了。此外,我国现行的调执分离制度也使得法官无须关注调解书的履行问题,在一定程度上影响了执行的质量。

[11] 《最高人民法院关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》第9条规定:“立案阶段的调解应当坚持以效率、快捷为原则,避免案件在连接段积压。适用简易程序的一审民事案件,立案阶段调解期限原则上不超过立案后10日;适用普通程序的一审民事案件,立案阶段调解期限原则上不超过20日,经双方当事人同意,可以再延长10日。延长的调解期间不计入审限。”

[12] 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第4条第1款规定:“当事人在诉讼过程中自行达成和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请依法确认和解协议制作调解书。双方当事人申请庭外和解的时间,不计入审限。”

[13] 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第6条规定:“在答辩期满前人民法院对案件进行调解,适用普通程序的案件在当事人同意调解之日起15天内,适用简易程序的案件在当事人同意调解之日起7天内未达成调解协议的,经各方当事人同意,可以继续调解。延长的调解期间不计入审限。”

[14] 参见罗瑞芳:《警惕“诉调对接”弱化公民诉权》,《新产经》2014年第1期。

[15] 《中华人民共和国人民调解法》第18条规定:“基层人民法院、公安机关对适宜通过人民调解方式解决的纠纷,可以在受理前告知当事人向人民调解委员会申请调解。”

[16] 参见李喜莲、唐海琴:《法院调解自愿原则的实现路径》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期。

[17] 参见姚小林:《司法确认的诉调对接试验及其法治完善》,《法治研究》2010年第8期。

(三) 商会调解法律依据不足, 调解员素质有待提高

我国的一项重要审判原则是“调解优先, 调判结合”, 商会调解已成为我国解决民商事争议的重要途径, 每年有数以万计的商事争议通过调解解决。2010年, 全国法院一审民商事案件撤诉率高达65.29%, 仲裁机构处理的调仲结合的案件数量也逐渐增加。2011年中国国际贸易促进委员会调解的商事纠纷达2000余件, 调解的范围广泛, 案件标的额近17亿元。^[18]但与商事调解如火如荼开展不相匹配的是我国商事调解整体上的无法可依。中央文件对商会调解的鼓励仅仅停留在政策层面, 缺乏可操作性。各地区颁布的关于商会调解的规定较为原则, 法律约束力有限。虽然《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《中华人民共和国仲裁法》、《人民调解法》等法律都对商会调解纠纷有规定, 但较为零散, 无法适应实践的需要。商会调解大多依据调解机构的调解规则, 缺乏立法保障。且当事方达成的调解协议缺乏法律执行力, 容易造成“久调无果, 调成也无果”的尴尬境况, 严重制约了我国商事调解制度的发展。调解员的法律知识水平和专业素养还有待提高, 在调解纠纷时倾向于通过道德人伦、风俗习惯等非法律角度进行调解, 影响了诉调对接的实践效果。目前这种状况有所改观, 调解员逐渐运用法律知识对争议当事方进行说服教育, 并为企业提供改进建议, 获得了良好效果。但这种情况大多发生在经济发达地区, 经济欠发达地区的调解员自身素质还有待进一步提高。

(四) 商会运行结构滞后化、行政化

我国的商会还处于建设、发展之中, 部分商会将重点放在规范行业发展秩序、提供行业发展专业指导等方面, 对会员企业的商事纠纷缺乏关注且参与度不高, 主动性不够, 特别是部分商会还停留在依靠政府推动的传统思想层面, 对自身积极发挥纠纷调处职能方面信心不足。从已经建立商会调解组织的地区来看, 一些商会对其自身的运行还停留在制度层面, 企业、商会以及工商联之间缺乏有效沟通, 对商会调处商事纠纷的流程还不熟悉。由于商会行政化色彩浓厚, 其还受到领导换任的影响, 制度间的衔接不够顺畅, 没有形成长效机制。近年来, 商会调解呈现行政化、司法化趋势, 主要表现为商会采用行政化或司法化的方式, 为了维护短期内的社会稳定而注重个案的“摆平”, 往往“案结事不了”, 甚至可能引发深层次的社会矛盾。^[19]商协会也因其经费来源于同级政府的财政支持而难以挣脱政府意志的束缚。由于商会民间性和自治性的不足, 其在纠纷解决中的中立地位遭到质疑, 一方面导致当事方对商会的信任, 另一方面导致调解结果缺乏权威性。商会自身的原因导致其在与法院系统衔接的过程中没有充分发挥优势, 不仅未能为其会员提供专业化服务, 也因其行政化色彩而减损了调解的社会接受度。

三、诉调对接机制下我国商会调处商事纠纷困境之破解

社会主体在价值观和文化传统及利益冲突上的多元性, 使得多元化纠纷解决机制成为不可或缺的纠纷解决方式。在当前大调解格局之下, 我国商会组织的逐步发展与完善为非诉讼纠纷解决发挥着重要作用, 并成为我国法院处理纠纷的重要辅助。虽然我国商会调解存在着种种问题, 但其在纠纷解决中的优势不可小觑。我们应在诉调对接机制下完善商会调解的相关制度, 使其更好地服务于我国的和谐社会建设。

(一) 规范诉调对接程序的时间衔接和效力

我国诉调对接机制并未很好地解决调解不成时调解程序如何转为诉讼程序的问题, 通常的做法是由当事方另行起诉, 这种做法大大延长了案件受理时间, 受到当事方的诟病。对此可借鉴台湾地区的做法, 即将

[18] 中国国际贸易促进委员会: 立法助力商事调解摆脱困境, 法律教育网, <http://www.chinalawedu.com/new/21601a21626a2012/2012130qinlu115417.shtml>, 最后访问日期为2018年10月8日。

[19] 参见侯怀霞:《人民调解的现代转型: 必要、可能与前景》, 《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期。

法院委托调解时出具委托函的时间视为受理案件的时间,即使调解不成,当事方也不必二次起诉,直接进入诉讼程序即可;^[20]当事方在诉前经法院委托的调解组织达成调解协议,一方不履行的,另一方可请求法院作出许可执行裁定书。审前达成调解协议,一方请求法院进行司法确认的,人民法院经审查后认为符合法律规定的,应当及时出具民事调解书。法院委托调解的过程和调解结果的达成从始至终都有司法力量的介入,保障着争议当事方的程序权利。^[21]新《民事诉讼法》第122条明确规定了先行调解,^[22]强化了调解在争议解决中的重要作用,同时也将《民事诉讼法》与《人民调解法》进行有效衔接,确认了调解协议的强制执行效力^[23]。此外,人民法院还通过委托调解组织在案件进入诉讼程序前进行调解的方式来实现诉调对接,尽量在早期阶段化解纠纷,维护当事方间的和谐关系。根据上海法院诉调对接中心对一审案件先行调解的情况来看,2011-2016年间每年至少有52.29%的民商事案件通过诉调对接中心进行分流,调解成功的案件占接收案件量的46.69%,不仅减轻了法院的司法压力,也实质性地化解了纠纷。^[24]诉调对接是一种将正式与非正式的司法体制都涵盖到一种谈判协商的过程之中,平衡了争议当事方息事宁人的需求与法律条文的限制,使纠纷解决方式从单一走向多元,增加了双赢的机会,有助于纠纷的迅速解决和和谐社会的构建。^[25]

(二)明确司法确认的适用条件

为了进一步规范司法确认制度的适用,使调解回归到正确的道路上来,各级法院在进行司法确认时应遵循最高人民法院2011年颁布的《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》。首先,当事方申请法院对调解协议进行司法确认的案件必须处于其可自由处分的权利范围内,且不得违反我国法律的禁止性规定,也不得损害案外第三人的利益。从实践来看,法院应根据争议当事方订立调解协议的真实意图来决定是否适用司法确认制度。若当事方基于虚假的争议进行调解,订立调解协议后又通过司法确认的方式为其不正当利益的实现辅之以强制执行力,则是对司法资源的滥用。其次,当事方申请司法确认的案件应属于法院的管辖范围,否则法院的司法审查就无从谈起。最后,当事方请求司法确认的案件应是通过法院的强制执行可以实现的利益,若争议一方在达成调解协议时就无履行能力,或在履行开始时出现履行不能的情形,法院的司法确认程序也无法保障申请人的合法权益。鉴于法院在司法确认以及执行程序中存在问题,为了进一步解决调解协议的执行问题,我国司法体制改革应注重调解与执行的衔接问题,如将调解结案率与调解书的自动执行率共同作为法官的考核标准,注重调解协议的当庭履行以及在调解协议中订立违约责任条款或担保条款,加重债务人的违约责任,避免其采取拖延战术获益。

(三)强化调解自愿原则的遵守

调解自愿原则是《民事诉讼法》的基本原则之一,人民法院在处理案件时要尊重当事方的意愿,不得进行以牺牲公平为代价的强制调解。对调解员来说,在自愿基础上进行的调解和充分了解事实信息后提出的解决方案更易被当事方接受;对争议当事方来说,充分了解对方和调解员的真实意图也更易于化解矛盾。否则,在欺诈、胁迫等情形下达成的调解协议就失去了正当性,当事方即使申请法院进行司法确认也无法获得执行依据的正当性。^[26]最高人民法院颁布《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》

[20] 参见肖建国:《司法ADR建构中的委托调解制度研究——以中国法院的当代时间为中心》,《法学评论》2009年第3期。

[21] 参见徐胜萍:《民事纠纷解决的第三领域——法院委托调解》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2010年第1期。

[22] 新《民事诉讼法》第122条规定:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”

[23] 新《民事诉讼法》第194条规定:“申请司法确认调解协议,由双方当事人依照人民调解法等法律,自调解协议生效之日起三十日内,共同向调解组织所在地基层人民法院提出。”

[24] 参见卢腾达:《民事纠纷调解前置程序的法律规制研究——以上海法院诉调对接的“先行调解”模式为样板参考》,《时代法学》2018年第2期。

[25] 参见周荃:《人民法院委托行业协会调解金融纠纷的实践及其规制》,《天津财经大学学报》2012年第1期。

[26] 参见潘剑锋:《论司法确认》,《中国法学》2011年第3期。

第14条规定了法院可以先行调解的部分案件范围^[27],但并非要求法院必须先行调解。是否进行调解还要遵循当事方的合意,违反调解自愿、以判压调的做法也使得当事方请求检察院对调解协议进行抗诉的案件不断增加。调解不是诉讼的必经阶段,任何单位或个人不得强制进行调解,在当前我国法院普遍追求调解率的评估机制下,人为制造的高调解率亦需反思。如上文所述,调解自愿原则在实践中没有得到很好地贯彻,导致了法院在适用委托调解效果不佳以及日益增加的请求司法确认案件,既没有发挥调解的功能,也增加了法院的执行压力。为了缓解这一现状,法院应在调解程序的启动和调解协议的达成方面充分尊重当事方的意愿。在诉调对接机制下启动调解程序时,法院应对当事方的行为进行引导,在有调解的可能时,为当事方寻找沟通机会,打破这种对抗状态,通过专业的商会等调解组织为当事方尽快解决争议。同时,就某些适宜调解的案件如婚姻家庭、继承等纠纷,法院可在不违反法律规定、遵循程序公正的基础上强制当事方进行调解,通过富有人情味儿的调解来避免法院冰冷的判决。为了增加调解协议的执行率,调解协议的达成应充分体现当事方的意思自治,法官应避免干扰当事方的自主选择。为了保证调解的效果,最高人民法院多次在文件中重申调解自愿原则,为了防止法院滥用调解程序还提出了“调审分离”的要求,反对以调撤率作为考核的方式。法官没有了这些指标的束缚,也会更加尊重当事方选择何种争议解决方式的意愿。若当事方同意法院委托调解,这种情况下当事方达成的调解协议的自动执行率也将增加,一定程度上缓解了法院因居高不下的司法确认请求而日益紧张的执行压力。

(四)完善调解员选任程序和商事调解立法

随着我国“一带一路”建设的推进、参与国际社会的能力进一步加强,以及诉调对接机制的持续完善,我国从事商会调解的相关人员应提高自身业务素质,熟练掌握和运用经济、外语、法律等方面的相关知识,注重调解纠纷的广度和深度。调解员的调解应遵循“自然正义”法则,不能与案件有利害关系,即不能自断其案;调解员要充分听取当事方的意见,不得强制调解。^[28]实践中,我国采取了诸多措施来提升调解员的素质,如对调解员进行岗前培训,通过现场观摩、参与调解等方式提高其业务能力和调解技能。调解应以法律、法规及相关政策为主,辅之以优良传统美德,教育和感化争议当事方,并使其达成利益平衡,而不是以其他非正当手段造成“二次矛盾”。调解员还应遵循保密义务,对调解过程中涉及的当事方隐私、商业秘密以及其他不宜为外人所知的信息,不得向对方当事人透露,更不得对外泄露。除争议当事方同意外,调解员也不得公开调解协议的内容。此外,为了扩大调解员的国际视野,我国商会可以与国外调解机构及科研院所加强交流,了解国外同行在商会调解领域的新发展和新动向,并不断拓展我国商会调解人员的视野,培养一批具有丰富理论和实践经验的高层次国际商事纠纷解决团队,构建具有我国特色的商会调解制度,更进一步地帮助当事方解决争议,缓解法院的积案压力。为了规范调解工作,我国须建立合理的调解员选拔机制,并定期考核。调解员的选任应有明确的标准,不仅应具备相应的法律知识,还要愿意从事调解工作并作风正派,推进调解员队伍的年轻化和专业化,保证调解的质量和效率。针对法院根据案件类型来决定是否委托调解而不顾当事方调解意愿的做法,最高人民法院2016年7月1日施行的《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》明确了法院委托调解遵循的原则以及适用的条件,规范了调解员的选任范围,有助于我国诉调对接机制的开展。鉴于我国商会调解存在的法律障碍,商事调解协议缺乏执行力也成为阻碍商事调解发展的障碍,制约着人们对商协会调解这一争议解决方式的采用。联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事调解示范法》第14条规定了调解协议的约束力和执行力^[29],实际上是引导各国立法者考虑调解协议

[27] 如婚姻家庭、继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故纠纷、宅基地纠纷、相邻关系纠纷、合伙协议纠纷及诉讼标的额较小的案件。

[28] 参见杨连峰、周星佐:《论“自然正义”法则——兼评我国刑事诉讼程序的完善》,《法学评论》1996年第3期。

[29] 《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第14条规定:“当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可执行性……”

的可执行性问题,并对其作出具体规定。^[30]鉴于商事调解在纠纷解决中的重要作用,我国此后的商事调解立法应考虑调解协议的效力问题,赋予调解处理结果与仲裁裁决同等的法律地位和效力。

(五) 商会组织运行结构推行去行政化改革

从法院委托调解的实践来看,其利用率不是很高,一方面是由于委托调解尚处于构建之中,无统一的规则可以适用;另一方面也是委托调解的组织自身存在一些问题,争议当事方对委托调解不信任。为了规范行业协会任职人员的条件,2015年7月8日,中共中央办公厅、国务院办公厅颁发《行业协会商会与行政机关脱钩总体方案》,明确党政机关领导干部的任职限制,规范行业协会的去行政化建设,保障行业调解的民间性。^[31]行业协会也要加强自身自律制度建设,提高调解员的道德素质,加大调解过程的透明度,通过建立调解员的激励与惩戒机制来保障其中立。此外,行业协会也要接受社会各界的监督,确保行业调解的公平公正。我国的《行业协会商会法》草案对政府与商会、行业协会的关系,行业协会的经费来源、职能以及监督等关键问题进行了规定,该法的进步之处在于其第42条规定了政社分开、社企分开^[32],但该草案对行业协会调解制度缺乏系统规定,行业协会仍要接受政府的指导和扶持,其经费仍大多要靠政府财政拨款等,难以消除人们对行业协会地位的质疑。为了改善这一局面,首先是改革行业协会的治理结构,提升其自治能力。在我国,行业协会的设立采取注册登记制,只有经其业务主管部门批准后才能向民政部申请登记。由于我国行政审批的滞后,大量的行业协会无法取得合法地位,再加上产业分工的细化以及行业间的融合,新的行业协会的形成往往遭受各分管部门的互相扯皮,而关涉企业往往是最大的利益受害者。因此,取消行业协会挂靠业务主管部门的规定既能减少行政部门的过度干预,又能充分发挥市场的活力。其次,拓宽行业协会的经费来源渠道。目前行业协会的经费主要来源于政府的财政支持,难免会受到政府的干预。为了强化其自治性,行业协会可从事经营性活动为行业协会提供运作资金,但要避免与会员企业从事竞争性的活动。同时,行业协会的经营收支应向会员公开并接受监督。^[33]商会组织结构的去行政化改革有助于改善人们对商会调解组织的信任感,多元化地化解纠纷,也可以推动法院诉调对接机制的发展,提高司法机关对调解这一解纷方式的利用率。

(六) 将诉调对接服务于“一带一路”争议解决机制

我国的“一带一路”建设稳步推进,目前已扩大到沿线65个国家,越来越多的投资项目也将在沿线国家落地。为了与国际接轨,更好地解决涉“一带一路”沿线国家和地区的商事争议,建立多元协作的多元化纠纷解决机制极为重要。鉴于“一带一路”沿线国家和地区国情复杂,投资贸易的激增必将引发大量纠纷,而通过传统的司法程序解决纷争又将面临管辖权和法律适用上的难题,而商事调解不仅方便快捷,又能充分尊重当事方的意愿,缓解各国间因文化差异带来的冲突。目前,我国许多商事调解组织与法院建立了诉调对接机制,如“一带一路国际商事调解中心”与北京四中院的对接,中国国际商会调解中心与北京西城区法院的对接等。这些诉调对接机制为“一带一路”争议解决提供了可自由选择的争议解决方式。在“一带一路”倡议的推动下,各地法院也积极寻求调解与诉讼的对接机制,促进商事调解在“一带一路”争议解决中发挥重要作用。^[34]目前我国已允许国际知名商事争议解决机构入驻上海自贸区和北京,以促进我国争议

[30] 参见尹力:《国际商事调解法律问题研究》,武汉大学出版社2007年版,第174页。

[31] 参见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈行业协会商会与行政机关脱钩总体方案〉》,中央政府门户网站, http://www.gov.cn/jzhengce/2015-07/08/content_2894118.htm,最后访问日期为2018年11月2日。

[32] 《行业协会商会法》第42条规定:“行业协会的机构、人事和财务应当与行政机关和企业分开,下设机构不得与国家机关和企业的工作机构合署办公;行业协会会长、副会长、秘书长不得由现职国家工作人员兼任。联合会会长、副会长、秘书长一般不得由现职国家工作人员兼任。”

[33] 参见熊跃敏、周杨:《我国行业调解的困境及其突破》,《政法论丛》2016年第3期。

[34] 参见龙飞:《“一带一路”战略中多元化纠纷解决机制地位》,载《人民法院报》2017年7月14日第005版。

解决平台的国际化和权威性。我国商事争议解决机构也应通过“一带一路”这一平台走出去,提升我国争议解决制度的国际知名度。

四、结论

我国商会调处商事纠纷有其独特优势,既缓解了法院的诉讼压力,也有助于纠纷的迅速化解。商会调解与诉讼的对接不仅弥补了和解协议不具有强制执行力的缺陷,也为其进一步发展壮大带来了契机。因诉调对接机制下相关规定的不完善和调解员素质的偏差,导致当事方对法院委托调解的不信任,调解协议自动履行率低,加大了法院的执行压力。为了缓解这一现状,我国应规范诉调对接的时间衔接,将法院委托调解出具委托函的时间视为案件受理时间,即使调解不成也无须重新立案,节省当事方的时间成本;明确司法确认的适用条件并确保调解自愿原则的遵守,同时将调解结案率和调解书的自动执行率共同作为法官的考核标准,避免其违背当事方意愿的强制调解;提高调解员的素质,规范调解员的选任程序;推行商会组织运行结构的去行政化改革来增强人们对法院委托调解的信任感;将诉调对接机制服务于“一带一路”争议解决机制不仅能缓解各国因文化差异带来的管辖权和法律适用冲突,也能提升我国商事争议解决机制的国际知名度,更好地服务于“一带一路”建设。

The Dilemmas and Outlets of China's Chamber of Commerce Mediate Commercial Disputes within the Connection System of Litigation and Mediation

Tang Xia

Abstract: Chamber of commerce mediation is an important component of ADR, with its autonomy, professionalization and efficiency that enjoyed by dispute parties. The connection of chamber of commerce mediation with litigation offers a variety of choices to parties. Within the connection of litigation and mediation mechanism, chamber of commerce mediate commercial disputes have institutional non-gist and practical non-standard, the result of mediation rely on judicial power too much and detract from the effect of the principle of voluntary mediation, we should normalize the time linkage of procedure of connection between litigation and mediation; specify the application of judicatory affirmation further and make sure the principle of mediation should be complied; perfect the legislation of court-entrusted mediation and improve the quality of mediators; push de-administration reform; and make the systems of connection of litigation, mediation and arbitration serve “The Belt and Road” dispute resolution mechanism.

Keywords: connection system of litigation and mediation, chamber of commerce mediation, court-entrusted mediation, judicatory affirmation, “The Belt and Road” dispute resolution

(责任编辑:韩秀丽)